

“DAÑO A LA SALUD COMO PERJUICIO INMATERIAL”



ALUMNO: DAVID EDUARDO PEREZ PEREZ

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
DIRECCION DE POSGRADOS-FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO  
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION II  
BOGOTA D.C  
2015

“DAÑO A LA SALUD COMO PERJUICIO INMATERIAL”



ALUMNO: DAVID EDUARDO PEREZ PEREZ

“ARTÍCULO DE REFLEXIÓN COMO REQUISITO DE GRADO PARA OPTAR EL  
TITULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO”

DOCENTE: DIEGO ESCOBAR

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA  
DIRECCION DE POSGRADOS-FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO  
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION II  
BOGOTA D.C  
2015

**“DAÑO A LA SALUD COMO PERJUICIO INMATERIAL”**

Resumen

**DAVID EDUARDO PEREZ PEREZ\***

El contenido de este artículo de reflexión nos muestra a lo largo de la historia de la importancia que puede tener dentro del sistema jurídico colombiano, la incorporación del daño a la salud como perjuicio inmaterial, este daño se aborda con los casos históricos que rodearon a sus antecesores y con la necesaria referencia del principio de reparación integral, e igualdad para los administrados, lo anterior con el fin de responder al interrogante de como el Estado colombiano dentro de su responsabilidad y bajo un mecanismo adecuado podría reparar e indemnizar en materia de perjuicios inmateriales.

*Palabras clave.* Daño a la salud, perjuicios inmateriales, arbitrio, reparación.

**Abstract**

The contents of this article reflection shows throughout the history of potential importance in the Colombian legal system , the incorporation of health damage and immaterial damage, this damage is dealt with historical cases that surrounded their predecessors and with the necessary reference to the principle of full compensation , and equality for managed , the above in order to answer the question of how the Colombian government in its responsibility and under appropriate reparation and compensation mechanism could on immaterial damages .

*Keywords.* Damage to the health, immaterial damages, arbitrio, repair.

---

\* David Eduardo Pérez; Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de la especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: [david.perez@correo.policia.gov.co](mailto:david.perez@correo.policia.gov.co).

**Introducción**

Se puede decir sin lugar a duda alguna, que en un Estado Social de Derecho, y de acuerdo al desarrollo que ha tenido nuestra legislación en el devenir de los años desde que la Constitución del año de 1991 entro en vigencia, el derecho de daños en su expresión más moderna, y en especial el daño a la salud, ha evolucionado en los últimos tiempos y ha experimentado una notable inflación intelectual tanto de parte de la legislación como de la doctrina y la jurisprudencia. Es por eso que es muy importante abordar un estudio de fondo para dar claridad sobre los conceptos de derecho de daños, y la aplicabilidad que las instituciones jurídicas tienen en el momento de dar alcance a los criterios unificados y documentos públicos, más exactamente del Consejo de Estado para la reparación de perjuicios inmateriales desde el punto de vista de daño moral, y con todo lo que el desprende, y de igual forma la reparación del daño a la salud como regla general y excepcional.

Es por esto que en el presente artículo se da respuesta a un problema que ataca el sistema jurídico colombiano en materia de daños y más específicamente al daño a la salud, en el entendido si la doctrina y jurisprudencia de Colombia, facilita realmente la reparación integral dentro de la responsabilidad del Estado, sobre los perjuicios inmateriales soportados como consecuencia de un acontecimiento dañoso, y hasta qué punto esas decisiones se toman bajo principios de igualdad y equidad.

El daño a la salud como tipo de perjuicio inmaterial, se constituye en el núcleo fundamental del derecho de daños, que permite al juez centrarse en la afectación psicofísica de la persona. Este derecho deberá abordarse desde el texto constitucional el cual permitirá definir los bienes, los derechos o intereses legítimos de la persona que tienen cabida en la responsabilidad y, por lo tanto, ser objeto de indemnización.

## 1. Marco Teórico

Dado que la mira central de este artículo de reflexión enmarcada en la teoría del derecho de daños especialmente el daño a la salud, los tipos de perjuicios a través de la historia han fluctuado entre el reconocimiento y el desconocimiento de ciertas categorías; en este desarrollo las categorías que conforman el daño material (lucro cesante y daño emergente) parecen posicionado dentro del ordenamiento, situación diferente a las de los perjuicios inmateriales, pues es cierto que el daño moral de cierta forma tiene una estabilidad equivalente a la que muestran los daños materiales, situación diferente a la que se presenta con los perjuicios inmateriales, y más aún cuando se trata de lesiones que involucren la integridad personal.

En principio las cortes fueron evasivas en el momento de reconocer una categoría de daño distinta, hasta que la corte suprema lo hizo, pero una vez aceptado el reconocimiento de otro rubro, se debe aclarar que siempre ha estado en un cambio constante de nombre y de contenido, como bien se desarrollará en la teoría se han conocido nombres tales como perjuicio fisiológico a daño a la vida de relación, luego paso a alteración grave de las condiciones de existencia y, por último, al daño a la salud como se conoce hoy en día.

Este último se afronta con una ineludible referencia del principio de reparación integral, arbitrio del juez e igualdad para los administrados, toda vez que su marco se lleva ha desarrollado en una constitucionalización del derecho de daños.

Tal como lo expresa el profesor HENAO en su Teoría y citando al rector HINESTROZA: *“el Daño es la razón de ser de la responsabilidad”* de aquí se desprende que no es posible que exista daño sin responsabilidad toda vez que el daño el primer elemento insustituible, porque este no se puede presumir ni remplazara para un eventual análisis de responsabilidad siendo este una fuente ineludible.

Citando al profesor HENAO, que el daño es causa necesaria pero no suficiente para declarar la responsabilidad, esto es, que no siempre que exista daño el Estado habrá de ser

responsable si demuestra una de las causales de exoneración de responsabilidad, como la causa exclusiva y determinante de la víctima o de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito o cuando el daño es jurídico, es decir, una carga que el particular sí está en la obligación de soportar. (Henao. J. 1998 p. 36.)

## 2. Resultados

En un Estado Social de Derecho como es el nuestro, y de acuerdo al desarrollo que ha tenido nuestra legislación en el devenir de los años desde que la Constitución del año de 1991 entro en vigencia, se debe abordar un estudio de fondo para dar claridad sobre los conceptos de derecho de daños, y la aplicabilidad que nuestras instituciones jurídicas tienen en el momento de dar alcance a los criterios unificados y documentos públicos, más exactamente del Consejo de Estado para la reparación de perjuicios inmateriales desde el punto de vista de daño moral con todo lo que el desprende, y de igual forma la reparación del daño a la salud como regla general y excepcional.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto fáctico se construye cuando la respectiva providencia judicial carece de apoyo probatorio para sustentar la decisión y por ende, para la aplicación de los supuestos de hecho legales. Así mismo, se ha señalado que “para que se configure un defecto fáctico, es indispensable que el error en la apreciación probatoria sea de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad”. De esta manera, se ha reconocido que el juez ordinario tiene una amplia facultad de valoración probatoria que, prima facie, debe ser respetada por el juez constitucional, excepto que se encuentre una evidente errónea, flagrante y abusiva interpretación. (González Cuervo M. (11 de enero de 2013) T-001/13)

Es con esto que se puede dilucidar que el juez administrativo puede llegar a tener un fuerte campo de aplicación, siempre y cuando su conocimiento no se extralimite y a su vez reprima el verdadero derecho que tiene la víctima.

Es importante abordar el estudio de la constitucionalización del derecho de daños como un nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado, a lo largo del tiempo la jurisprudencia ha avanzado en forma gradual de tal manera que se ha evidenciado y podido observar el constante dialogo que a la luz de hoy existe entre la normatividad constitucional y las diferentes instituciones propias del Estado, como son la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en

materia de responsabilidad extracontractual y de manera particular, en lo que se puede referir al alcance del principio de reparación integral del daño, el daño corporal o daño a las personas y el daño a la salud.

La constitucionalización del Derecho de Daños tras el sucinto recorrido por lo que podría denominarse la importancia del constitucionalismo moderno en la aplicación y hermenéutica del derecho en general, es preciso analizar como las instituciones propias del derecho de la responsabilidad empiezan a mirar la Constitución Política no solo para con la finalidad de establecer el postulado que regula la responsabilidad patrimonial del Estado, sino, también, para dotar de contenido a los conceptos que de forma tradicional fueron nutridos a partir de una lectura privada y codificada del derecho de daños. (Gil.E, 2014, p.19)

Para efecto de lo citado en el párrafo anterior en referencia a la constitucionalización del derecho de daños se debe conocer que el artículo 90 de la Constitución Nacional establece que:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste” (CN. Art 90).

De lo anterior se colige que independientemente que exista una norma concreta de responsabilidad patrimonial del Estado, lo verídico es que también existen mandatos de carácter legal que dan un sustento jurídico a la tarea que tiene la administración pública, con respecto a la reparación integral del daño que se cause, siempre y cuando esta sea de naturaleza antijurídica, significa esto, que la víctima no se halle en el deber de soportarlo o tolerarlo.

De acuerdo con la evolución respecto al derecho de daños que ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha identificado dentro de la tipología del perjuicio inmaterial, como consecuencia de los hechos u operaciones de la administración en cabeza de sus servidores públicos, tres tipos de perjuicios, el moral, daños a bienes constitucionales y convencionales y el daño a la salud estos que deriven de una lesión corporal o sicofísica.

Es necesario conocer a fondo los diferentes conceptos en materia de doctrina y jurisprudencia sobre el daño, debido a que en nuestro ordenamiento

jurídico existe un campo de aplicación extenso, el grave problema de la clasificación y categorización de los perjuicios inmateriales en Colombia ha demostrado que se debe ahondar más en este tema para tener una mayor claridad en el momento de iniciar alguna acción correspondiente a restaurar daños y perjuicios causados por la administración.

Es importante conocer el daño en sentido jurídico desde las diferentes perspectivas que se pueden desprender de este punto, como bien lo expone el Doctor Adriano de Cupis en su obra *“el daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil”*, el cual se entra más adelante, debido a que en la actualidad se puede dilucidar que el daño en un sentido antijurídico carece de causales de justificación como bien lo ha mencionado el Consejo de Estado en una de sus tantas jurisprudencias, para citar alguna:

A pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”. (C.Estado. S- n° 68001-23-15-000-1997-03572-01/2012, Gamboa J.)

Resulta necesario resaltar que el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado, naturalmente no basta con demostrar que la persona no estaba en la obligación legal o deber jurídico de soportar ese daño para acceder a una indemnización por parte del Estado, sino que de igual forma se debe demostrar que tal daño sea imputable al Estado.

Es importante conocer que en una sociedad como la nuestra en donde el Estado cumple un papel fundamental y más aún cuando la relación de este se presenta en el diario vivir con sus ciudadanos, se derivan riesgos latentes en la prestación de servicios de toda índole, situación que de una u otra manera se puede convertir en daños al patrimonio, a la moral de la persona, e incluso en el



perjuicio fisiológico o daño a la salud como se conoce de hace poco y en que el Consejo de Estado ha tenido que rehacer dos de sus fallos respecto de este tema, y revocar acciones de nulidad, con el fin de proferir dos nuevas sentencias, en las que de manera clara eligió como definir e indemnizar el perjuicio fisiológico.

De lo anterior se desprende que en Colombia puede haber una falta de identidad jurisprudencial, lo cual es un problema en un país como este, donde siempre se está adoptando posiciones de otros Estados, siempre y cuando se amolden a la situación que en la actualidad que se está viviendo.

El Consejo de Estado conducido por el magistrado Enrique Gil Botero y de la mano de un grupo de académicos a través de la expedición de varias sentencias, ha unificado la tipificación del derecho de daños inmateriales, y han dado un tope indemnizatorio al momento en que jueces y magistrados fallen en sus actuaciones.

Se debe conocer si esta unificación de jurisprudencia y más aún el reconocimiento jurisprudencial al derecho de daños inmateriales o daño a la salud como bien se ha llamado, obedece a la adopción de una simple figura extranjera demostrando con ello una falta de identidad y porque no decirlo una confusión entre los conceptos de daño y perjuicio. De Cupis, hace referencia al concepto de daño de la siguiente manera:

*“El daño es la consecuencia de un acto humano antijurídico. Para ello ha partido de un concepto físico del daño como nocimiento o perjuicio, es decir, como alteración de una situación favorable, reconocida como preferente por el ordenamiento jurídico”. (De Cupis A. 1975. P.28)*

Resulta necesario observar si el Consejo de Estado acogió el concepto de la violación de los derechos constitucionales, entre ellos el de derecho a la salud, para ampliar el campo de actuación en el momento de resarcir derechos inmateriales, apoyando su pensamiento en la indemnización de la lesión misma y no de sus consecuencias.

Ahora bien, las implicaciones de no realizar un análisis de la problemática planteada se evidenciarían en materia de responsabilidad administrativa toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico, no siempre ha estado presente el elemento causal en la construcción de jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, cuando les ha correspondido conocer de aquellos asuntos en materia de responsabilidad de daños contra la administración pública.

Requisito del que no se prescinde del todo en el artículo 90 de la Carta Política de 1991, cuando junto a la exigencia del daño antijurídico y su imputación al Estado, aparece como uno de los presupuestos para la configuración de la responsabilidad, al señalar que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputable, *causados*, por la acción o la omisión de las entidades públicas. (Serrano.L. 2011. P, 2)

Lo que significa que desde un punto de vista dogmático, no habría lugar a responsabilidad patrimonial si no existiera relación de causalidad que vincule el hecho dañoso con la administración pública, sin embargo hoy en día es otra la situación que se demuestra la cual será desarrollada y explicada más adelante.

De acuerdo a lo anterior nuestro ordenamiento jurídico ha venido adoptando posiciones que buscan una sistematización de indemnización referente al perjuicio inmaterial del daño diferente al moral como daño a la salud.

*“El daño a la salud surgió de la necesidad de reconocer un perjuicio más objetivo, que esté dotado de claridad y, por lo tanto, que garantice en mayor medida el postulado de la igualdad de indemnizaciones frente a un mismo o similar daño.” (Gil Botero E. 2013. Revista Digital Derecho Administrativo)*

Es por esto que se debe realizar un análisis de la categoría de daños inmateriales, diferente al daño moral con respecto a la jurisprudencia del Consejo de Estado, debido a que es necesario establecer porque el daño a la salud o fisiológico es necesario en un sistema jurídico como el nuestro.

Es importante entender que es un sistema jurídico, cuáles son sus características, de donde provienen es por esto que se ha definido el sistema normativo como un sistema deductivo que tiene consecuencias normativas, para lo cual es necesario que en la base del sistema figure por lo menos un enunciado normativo.

Para esto se plantea el problema de la definición del sistema jurídico, como subclase de sistemas normativos.

El procedimiento habitual consiste en definir el sistema jurídico a partir de la norma jurídica, es decir, primero se da una definición de norma jurídica, caracterizando su esencia o naturaleza, y luego se define el sistema jurídico como el conjunto de las normas jurídicas. (Alchourrón. C, Bulygin. E. (2000). P. 103)

Es por eso que se debe dar una definición a sus partes en función de su todo y no de definir todo como sistema.

La razón de este giro (no se sabe bien, si copernicano o ptolomeico) ha de buscarse en nuestro escepticismo respecto de la viabilidad del otro procedimiento. Las dificultades con que tropieza el intento de definir la norma jurídica con independencia del sistema surgen con toda claridad en la Teoría Pura del Derecho, que provee un excelente ejemplo en este sentido. (Alchourrón. C, Bulygin. E. (2000). P. 104)

En el derecho de daños se ha estudiado lo que se denomina la “valoración del daño corporal”; en esta perspectiva se han abordado o mejor aún se abordan problemas de suma importancia.

Se cita a modo de ejemplo definir si la muerte constituye un daño en sí mismo; si la afectación a la esfera psicofísica es un daño que se deriva de la lesión al derecho constitucional que le sirve de fundamento o si, por el contrario, lo que se indemniza son las manifestaciones externas, sociales y relacionales que ella produce; cuál es la forma de fijar o tasar el daño inmaterial en nuestro ordenamiento jurídico; y si el principio de reparación integral es aquel que permite al juez adoptar medidas de justicia restaurativa en aras de, huelga la redundancia, restaurar el núcleo –subjetivo u objetivo– de los derechos constitucionales que se ven afectados con el respectivo comportamiento. (Gil Botero E. 2013. El daño a la salud en Colombia, Revista Digital Derecho Administrativo P. 91)

Como se ha venido explicando en Colombia el daño a la vida de relación se llamó en un comienzo *daño fisiológico*, referido a la disminución funcional u orgánica que podía sufrir una persona con ocasión de una lesión física, disminuyendo sus posibilidades de realizar actividades normales en el mundo físico, que acostumbrara hacer con anterioridad a la causación del daño.

La jurisprudencia considero que este daño es distinto al daño moral porque se extiende a otras circunstancias que alteran las condiciones normales de vida de la víctima y de sus allegados, porque dejó de considerarse como un perjuicio fruto de una mera lesión física. (Ruiz Orejuela W. E. 2010 P. 78).

En Colombia el Consejo de Estado tras reiterada jurisprudencia ha venido desarrollando y diferenciando el daño moral respecto al fisiológico o daño a la salud como bien se mencionó en la anterior cita, ya que una vez sufrido este daño su forma de indemnización debe ser diferente respecto al moral.

#### Enfoque metodológico

Para el desarrollo de este artículo de reflexión, se trató de usar una metodología cualitativa que no procura establecer valores exactos sobre cierta información, sino, esquematizar reglas jurisprudenciales que demuestran la ineficacia del daño a la salud como perjuicio inmaterial derivado de una lesión a la integridad psicofísica de la víctima, lo cual atenta contra el principio de reparación integral del daño. Como resultado, la investigación fue totalmente documental basada en una línea jurisprudencial y doctrina respecto a este tema, en la que en la mayoría de las situaciones giraron en torno a lesiones psicofísicas de la víctima, y en la forma de como se ha estimado la reparación integral del daño en lo concerniente a los perjuicios inmateriales diferentes a los morales.

Dentro de los antecedentes históricos respecto al daño de la salud en Colombia, la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha trabajado en esta materia durante las últimas dos décadas, y unos de los primeros pronunciamientos que constituyo un antecedente en el tema como bien lo menciona el ex magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero, en jurisprudencia del Consejo de Estado en la que preciso:

Se habla sólo de perjuicios del orden moral en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no sólo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazzutti por lo que en la demanda se denomina "daños fisiológicos", los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo. (C.Estado. Expediente 6477, Betancur J.)

Es claro que en esta oportunidad la corporación observo que había la posibilidad de buscar otro tipo o categoría de perjuicio inmaterial similar al daño moral, y de esta forma se debía buscar la manera de ampliar dicho concepto para

poder reparar las consecuencias fisiológicas que podrían llegar a sufrir las personas en situaciones determinadas.

Otro de los primeros antecedentes jurisprudenciales importantes del Consejo de Estado en esta materia, se encuentra contenido en sentencia del 3 de julio de 1992 del Tribunal Administrativo de Antioquia en la que puntualizo en esa oportunidad:

El demandante separa este perjuicio en tres categorías diferentes, a saber: a. El daño personal especial debido "al perjuicio sufrido... en su vida de relación social y personal, por efecto de la grave invalidez..." b. Los "perjuicios estéticos" y el "daño corporal especial" debido también a la invalidez total que sufre. **La Sala estima que los anteriores daños deben agruparse en uno solo que los comprende a todos: el perjuicio fisiológico, o el "préjudice d'agrément"** de que habla la doctrina francesa. A pesar de los elementos comunes que los unen, o confunden, en algunos casos, es posible afirmar que los daños moral subjetivo, materiales y fisiológico son diferentes, es decir, se refieren a distintos bienes del ser humano: a.- El moral subjetivo o "Pretium doloris", trata de mitigar la aflicción, la tristeza y la depresión que producen la muerte o las lesiones de un padre, un hijo, un hermano, etc., b.- El material, se encamina a mantener los ingresos que, por ejemplo, percibían en lesionado y la esposa y los hijos del padre fallecido., c.- El fisiológico, que pretende darle oportunidad a una persona como... que ha sido privado de llevar a cabo los "placeres de la vida", de reemplazar, o mejor, de tratar de reemplazar lo que en adelante no le será dado hacer...(Tribunal Administrativo de Antioquia, sentencia del 3 de julio de 1992, exp. 25878, Cárdenas, J.)

Por otro lado, el autor Milagros Koteich Khatib, en uno de sus acápites enseña, que el derecho de daño a la salud viene evolucionado en nuestro país, desde antes de la Constitución de 1991 como así lo demuestra:

Como lo pone de presente la doctrina, se trata de una categoría que tuvo sus orígenes en el lapso comprendido entre los años 1950 y 1973, este último año en el que entró en vigencia la ley relativa a los recursos de la seguridad social, que dispuso la exclusión del perjuicio de agrado de la acción subrogatoria de los terceros pagaderos y, además, señaló que solo podía ser padecido por la víctima directa (Koteich, 2012: p. 141).

Por otro lado para comprender este artículo, se debe empezar en primer lugar a analizar lo que se entiende como daño a la salud, alteración grave en las condiciones de existencia y daño a la vida de relación, luego se compara el daño a la vida de relación con el daño a la salud y, finalmente, se concluye que con el daño a la salud en Colombia, se busca únicamente crear una jurisprudencia con base en nociones y conceptos y no en los diferentes hechos facticos cimentados por analogía.

## 2.1 El Daño y sus elementos

La estructura lógica del artículo 90 superior es el daño antijurídico, imputable a la acción u omisión de una autoridad, cuando el artículo 90 de la constitución nacional habla que son dos los elementos de la responsabilidad, habla de daño antijurídico e imputación, el daño en el sentido fenoménico u ontológico es la mutación de una realidad, y cuando se da una mutación de esa realidad desde el punto de vista ontológico es el juez.

Desde el punto de vista de daño como aspecto ontológico se va referir a otro aspecto y es el axiológico que es la nota de la antijuricidad, y ese binomio ontológico axiológico que conforma lo q es el daño antijurídico es lo puede permitir frente a la constatación de daños jurídicos dejar al lado el problema, la nota del daño antijurídico es el primer elemento que permite el desplazamiento del análisis.

Por otro lado el elemento como es la imputación objetiva o la imputatio facti o imputación fáctica que va permitir conectar ese daño antijurídico frente a la acción u omisión de una autoridad, cuando no hay conexión entre ese daño antijurídico simplemente el daño no es imputable al Estado porque hay una ausencia de imputación y no usar el término de ruptura del nexo causal porque eso en el mundo de la naturaleza el nexo causal existe o no existe pero no se rompe, lo que hay es una ausencia de imputación porque el daño antijurídico le es imputable al tercero, le es imputable a la propia víctima, y no le es imputable al estado, pero frente al Estado no puede haber una ruptura causal.

Ahora bien en el campo de la teoría de la imputación objetiva se encuentran 6 elementos que son los pilares estructurales y el Consejo de Estado viene utilizando al menos 4 para seguir construyendo en este campo del daño, los cuales son, el riesgo permitido, el principio de confianza, la posición de garante, la acción a propio riesgo, la prohibición del riesgo y el fin de protección de la norma.

## 2.2 El daño a la salud nuevo perjuicio inmaterial

En el momento que la doctrina manifiesta que el daño a la salud también se ocupa de indemnizar en cierta medida todas aquellas alteraciones que se puedan generar en la víctima, como lo sería el daño estético, el sexual o el psicológico, solo está consiguiendo, en esta materia, es identificar un nuevo perjuicio con los perjuicios usuales reconocidos por la jurisprudencia, por tanto, es claro que bajo este aspecto no se descubrió ninguna utilidad práctica en la incorporación de la nueva modalidad dentro de la clasificación de los daños inmateriales.

El ex magistrado Enrique Gil Botero dentro de una de sus obras, enseña sobre este modo de perjuicio lo siguiente:

Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, nunca podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo inequitativo –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro. A contrario sensu, el daño a la salud, gana claridad, exactitud y equidad donde aquellos la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que la misma generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que conseguiría una sistematización del daño no patrimonial. (Gil, 2010, P 308).

Ahora bien para este mismo ex magistrado del Consejo de Estado, el daño a la salud visto desde la doctrina y jurisprudencia francesa data lo siguiente:

El daño a la salud denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y valuación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos. (Gil, 2010).

Como se puede observar la falla en la determinación tanto del alcance como del contenido de lo visto en el perjuicio de la salud, se trasladó del derecho francés e italiano a un ámbito nacional operando jurídicamente en el contexto actual; en el primero de los dos países mencionados es claro que se ha dado reconocimiento a

una gran cantidad de daños que pretenden cubrir las esferas del individuo en las que se había visto afectado con el mismo.

### 2.3 Daño a la salud y la vida en relación

Es necesario traer a colación un aparte del ex magistrado del Consejo de Estado, Enrique Gil Botero, quien comenta al respecto que el derecho a la salud además de ser un derecho constitucional y fundamental, es una garantía esencial en la naturaleza autónoma del individuo y de la *Ipsa natura rei*.

En Colombia, la Constitución Política en su artículo 49 consagra el derecho a la salud, y de manera reciente ha sido catalogado como una garantía fundamental de naturaleza autónoma, sin que sea necesario demostrar la conexidad con otro derecho (v.gr. la vida). Por lo tanto, resulta innegable que existe un patrimonio biológico que lejos de estar asociado con una mercantilización del derecho fundamental, supone el reconocimiento de una compleja estructura genética, fisiológica, psicológica y social que representa el ser humano. (Gil, 2010)

Es necesario citar un aparte jurisprudencial que especifica de manera concreta, el alcance indemnizatorio del daño a la vida de relación cuando se trata de comportamientos perjudiciales para la integridad corporal de la víctima, así:

En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima –daño moral-, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión –daño material-, “sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral... la mengua de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal. (Hernández, 2000: 11842).

De la anterior cita jurisprudencial se observa que el resarcimiento o indemnización que resulta de la consecuencia por un hecho u actuación que afecta en cierta medida el daño a la vida de relación, busca suplir de alguna manera las actividades normales que podría realizar o haber realizado la víctima en un estado normal, de no haber sido afectado en su integridad personal.

Ahora bien, doctrinantes como Gil Botero, manifiestan que:

La necesidad de incorporar el daño a la salud dentro del catálogo de perjuicios inmateriales en detrimento del daño a la vida de relación, esbozan que aquel cubre las consecuencias de la modificación de la unidad corporal como lo son: el daño estético, el sexual o el psicológico. (Gil, 2010: 308).

La vida de relación de la persona cuando se ve afectada por un daño estético no puede catalogarse como fuero interno de la víctima, ya que es claro que siempre se verá afectada en su exterior y más aún cuando está siendo



observada por personas y son ellas que con su opinión afectan la vida de la víctima por la modificación corporal desagradable que esta ha sufrido.

Esto causa que la persona que ha sido víctima de un hecho lesivo a su integridad física tenga necesariamente que cambiar su manera de vivir, situación que en la actualidad es cubierta por el daño a la vida de relación, razón por la cual no se ve ninguna característica diferente a lo que atañe al daño a la salud.

De igual forma se puede deducir respecto al daño sexual o el daño psicológico, que no habría ninguna novedad respecto al daño a la salud.

La discusión a este respecto se da desde que se incorporó este tipo de perjuicio inmaterial en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el que se intenta de alguna manera resarcir los daños derivados de indeterminadas lesiones ocasionadas por conductas de agentes del Estado, que de una u otra forma están legalmente garantizadas por el principio de igualdad toda vez que frente a una misma lesión podría eventualmente declararse una idéntica o similar reparación.

Sobre la idea de lo que es el daño corporal como como el entendimiento de toda agresión endógena o exógena sobre cualquier parte de la geografía del cuerpo humano por llamarlo de esa manera, sobre la noción de lo que es patrimonio biológico de los órganos, aparatos y sistemas que conforman el cuerpo humano con sus diversas funciones, desde este entendimiento la noción del daño a la salud como un concepto normativo, que tiene fundamento no solamente en el artículo 49 de la Constitución Política, sino que tiene una gran estela de tratados y disposiciones de orden internacional que obligan a Colombia en la materia.

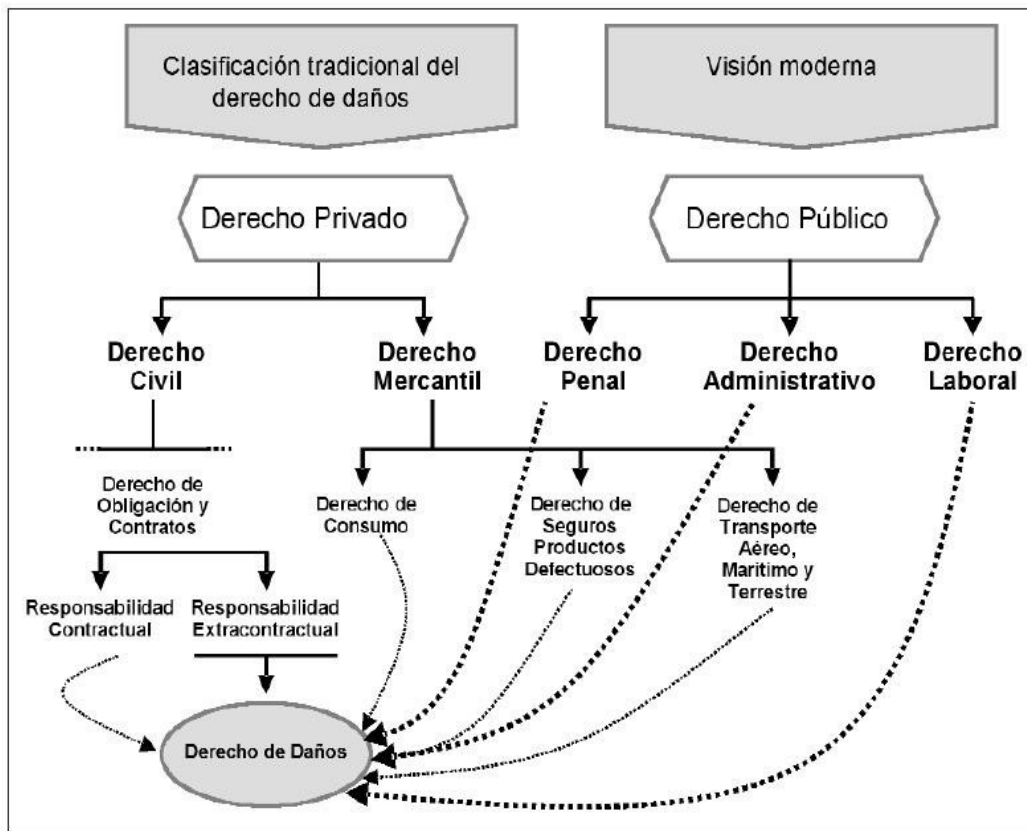
De esta manera se encuentran los lineamientos de la ONS, Organización Mundial de la Salud, y el planteamiento reflexivo de lo que es en la moderna institución de la responsabilidad, el daño evento o el daño considerado en sí mismo, es decir la afectación del bien jurídico por posición a lo que es el daño, secuela o consecuencia, que se indemniza en cada una de la manifestaciones externas de la afectación a la salud como un bien jurídico o la afectación al bien.

Es claro que esto generaba que se diera una explosión como en los eventos que se corrigieron de las sentencias de los Tribunales de Antioquia y Risaralda anteriormente citadas, es decir si una persona sufría una lesión grave que le impidiera desarrollar de manera natural su vida, se le otorgaba a la persona una indemnización encuadrada en los daños de, daño a la vida en relación, daño psicológico, daño sexual o daño estético, esto era cada una de las consecuencias de una afectación a lo que es el daño a la salud, y el daño a la salud como expresión de una manifestación corporal lo determina es el medico en sus consecuencias, o en sus repercusiones sociales, y el juez lo hará es en cuanto a las penas, en cuanto a las indemnizaciones y todo aquello que le compete por su profesión y función.

### 3. Derecho Comparado

El derecho de daños comparado sobre un contexto general se encuentra que, toda labor de documentación debe tener un punto de partida sobre unas bases sólidas, y en este caso este artículo fue basado en la comparación del derecho de daños español.

En cuanto al derecho de daños en el sistema español y tomando unas fuentes de la materia en mención, se expone el siguiente cuadro en el cual se explica la posición que tiene el derecho de daños en el ordenamiento jurídico español.



(Bestue Salinas, C.2009. traducir los daños sin efectos colaterales: Análisis comparado del derecho de daños. P 4)

De esta manera se observa que el ordenamiento jurídico español se asemeja a nuestro sistema jurídico colombiano, independientemente de la rama del derecho que llegue a estudiar este fenómeno. Al igual que en Colombia en materia de derecho de daños hoy en día se parte de muchos supuestos que pueden desembocar en algún tipo de daño como accidentes de tránsito, accidentes laborales, accidentes ocasionados por agentes del Estado etc., y no gozan de una normativización que los regule en su totalidad, razón por la cual se llega a una conclusión y es que en materia de daños el derecho legislado no es la única fuente para esta disciplina.

Por otro lado en Italia, el daño a la salud no es considerado un perjuicio inmaterial, sino por el contrario como una violación a la integridad sicofísica de la persona, la

cual es susceptible de ser comprobada por medio de un médico legal, toda vez que esta es más acorde con la idea que se ha pretendido expresar como daño biológico.

En Italia, el daño biológico y su proclamada capacidad de asimilar y reunir sí otras tipologías de daño, ha venido sufriendo embates que provienen tanto de la jurisprudencia como de la doctrina. Por un lado resucitan categorías del pasado, y por el otro, emergen siempre nuevas categorías, entre las cuales la más difundida es el llamado daño existencial. Ello provoca un estado tal de dispersión de las voces de daño extrapatrimonial que, ciertamente, amenaza el estado de sistematización que el daño biológico, gracias a sus potencialidades de concentración y objetivación, ha permitido hasta hoy. (Koteich. M. 2006)

En Argentina el derecho a la salud desde la corte suprema de justicia de la provincia de santa fe, se ha mostrado a través de una recopilación de la jurisprudencia desde 1995, la caracterización del derecho a la salud, su forma de interpretación, su vinculación con el recurso de amparo en su formulación actual, su relación con la Ley de Defensa al Consumidor y la variable edad como elemento conformante del derecho a la salud.

El derecho a la salud es constitutivo del derecho inviolable de la dignidad de la persona. Es una de las normas que constituye el derecho de la seguridad social. Se encuentra directamente receptado en la Constitución Nacional de Argentina como un derecho fundamental en el art. 42: "*...Derecho (...) a la protección de su salud...*".

De esta forma se asimila a la legislación Colombiana desde el punto de vista de protección constitucional, ahora bien cuando el derecho a la salud se presenta amenazado o afectado de forma tal que produce o puede producir un daño, y derivado de una acción u omisión arbitraria o teñida de ilegalidad manifiesta, puede ser reparado por la vía rápida y expedita del amparo. Y es que si se reúnen los requisitos necesarios para la procedencia del amparo, ésta resulta ser una vía adecuada para la protección del derecho a la salud en situaciones de extrema delicadeza, ya sea por la exigüidad del tiempo que posee el afectado, con lo cual

se tornan inadecuadas las vías ordinarias, o bien por la gravedad de la afectación al derecho a la salud, derivada de acciones arbitrarias o ilegítimas.

El derecho a la salud ha sido consagrado como derecho fundamental constitucional, y así ha sido resaltado en todos los fallos referidos a la cuestión y producidos por nuestra Corte.

La Constitución de Santa Fe en Argentina, consagró el *"Estatuto constitucional de la persona"*, a partir del art. 5o y sigs. Entre todas las normas, las que refieren al derecho de salud, que deben ser interpretadas de forma armoniosa con la importancia de la protección otorgada a este derecho primario y sustancial del Estado. En todos los casos se debe contemplar sus particularidades, como lo ha hecho la corte suprema de justicia que cita a continuación en la parte pertinente dos fallos con importantes conclusiones al respecto:

*"el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos".*

Cuando el derecho a la salud se presenta amenazado o afectado de forma tal que produce o puede producir un daño, y derivado de una acción u omisión arbitraria o teñida de ilegalidad manifiesta, puede ser reparado por la vía rápida y expedita del amparo. Y es que si se reúnen los requisitos necesarios para la procedencia del amparo, ésta resulta ser una vía adecuada para la protección del derecho a la salud en situaciones de extrema delicadeza, ya sea por la exigüidad del tiempo que posee el afectado, con lo cual se tornan inadecuadas las vías ordinarias, o bien por la gravedad de la afectación al derecho a la salud, derivada de acciones arbitrarias o ilegítimas.

Así mismo en Ecuador el derecho de daños se encuentra referenciado constitucionalmente en el artículo 53 de la carta mayor que dice:

Art. 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación.

El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.

Es claro que en Ecuador la responsabilidad en el derecho de daños recae en el Estado, siempre y cuando este sea realizado por un agente suyo, no muy lejos de lo que en Colombia se practica respecto a la responsabilidad del Estado en un evento de esta clase.

#### 4. Estado del Arte

Son varios los problemas de investigación que se han ido desarrollando frente al tema de daño a la salud como perjuicio inmaterial en Colombia, existen hoy en día desde teorías respecto al daño como retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento.

Para Acebedo S., (2013) en la teoría del daño a la salud del Consejo de Estado: *Revista Digital*, 33.

Se resalta la investigación de la nueva teoría del daño a la salud del Consejo de Estado, en la que se construye una línea jurisprudencial, a partir del análisis de los pronunciamientos hechos por la Sección Tercera del Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo en Colombia, en torno al reconocimiento y valoración de los daños, especialmente los inmateriales, ocasionados por los agentes del Estado mediante conductas activas u omisivas, operaciones administrativas o la ocupación temporal o permanente de un inmueble y que conlleva a la reparación del daño causado. Los resultados señalan que el Alto Tribunal viene realizando un cambio de posición, frente a la concepción que traía bajo las denominaciones del “daño a la vida de relación” y la “alteración a las condiciones de existencia”, acogiendo un nuevo concepto, desde la lectura de los derechos fundamentales de los asociados, como es el daño fisiológico o daño a la salud. (Acebedo. S. 2013, P. 71)

Con esto se concluye que a lo largo del tiempo se ha ido produciendo un cambio o una nueva interpretación de carácter jurisprudencial en los criterios acerca de la valoración de los daños inmateriales, en relación con la responsabilidad extracontractual del Estado.

Así mismo el ex magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero en una de sus investigaciones y estudios realizados sobre el daño a la salud, enseña un

artículo interesante en el que da entender lo siguiente...: Durante los últimos veinte años, en Colombia, se han llevado al Consejo de Estado, las discusiones jurídicas existentes en países como Italia y Francia, respecto de la delimitación de la naturaleza y los criterios de indemnización de los daños derivados de lesiones corporales.

Fue así como en 1993 se introdujo de manera errónea la categoría de perjuicio fisiológico del Derecho francés, asimilándolo al concepto de perjuicio de agrado (igualmente francés), aun cuando en dicho ordenamiento se obedece a cuestiones diferentes. Este concepto luego fue suprimido por el de daño a la vida de relación en el año 2000, y este a su vez fue suprimido por el de alteración a las condiciones de existencia en el año 2007. Por último, y esta vez en consonancia con las discusiones del Derecho italiano, Colombia acogió en el año 2010 la categoría del daño biológico o daño a la salud, que ha desarrollado un importante estudio jurisprudencial en el Consejo de Estado y se ha materializado de manera concreta en el momento que el juez entre a tomar decisiones respecto al daño causado.

También conforme al método de Alchourron y Bulygin plantean que no está permitido de ninguna forma omitir reparar el perjuicio producido a otra persona, es por eso que de sebe someter a la autoridad de magistrados las acciones de los asociados que con sus actuaciones ofendan el orden y la moral publica

### Conclusiones

En el desarrolló del presente artículo se observó cómo la inclusión del daño a la salud o biológico, en el ordenamiento constitucional colombiano, y cualquier afectación a otro bien constitucional que merezca una valoración, protegió de manera directa derechos fundamentales y constitucionales que fueran vulnerados por la actuación lesiva de un agente del estado.

De igual forma la noción del daño a la salud en Colombia, no solo ha tenido sustento y fundamento constitucional sino por el contrario ha traspasado barreras internacionales que obligan al país a reconocer que el daño a la salud además de hacer parte de la institucionalidad de la responsabilidad, también reconoce que los individuos en el momento de ser lesionados por un agente del Estado, este mismo indemniza en cada una de las situaciones que el bien jurídico se haya visto afectado.

El daño a la salud se favorece de gran manera en el momento de entrar a individualizar las secuelas causadas por la lesión al bien jurídico, toda vez que en materia de la medicina legal y de la decisión del juez, es posible fijar criterios indemnizatorios como se estableció en la sentencia del 28 de marzo de 2012, es decir, esto es, el elemento objetivo y subjetivo del daño a la salud o biológico que llevan a realizar el resarcimiento del perjuicio causado.

#### Referencias Bibliográficas

1. Acebedo S., (2013) en la teoría del daño a la salud del Consejo de Estado: Revista Digital, 33.
2. Alchourrón. C, Bulygin. E. (2000). : Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Alicante (España) Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
3. Bestue, C. (2009). Hermēneus. Revista de Traducción e Interpretación Revista Educación y Educadores, Traducir los Daños sin Efectos Colaterales:Análisis comparado del Derecho de Daños Universitat Autònoma de Barcelona, Numero 11.Recuperado de <http://>
4. Constitución Política de Colombia, Casa Editorial Legis, Bogotá D.C.
5. Corte Constitucional, Sentencia T-001/13, M.P. González Cuervo.



6. Consejo de Estado, Sentencia n° 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366), Mayo 9 de 2012, M.P. Santofimio Gamboa J.
7. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C. febrero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992) Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo
8. De Cupis A. (1975) El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Bosch, Casa Editorial, Barcelona España.
9. Gil, E. (2014). La Constitucionalización del Derecho de Daños. Nuevo sistema de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado. Casa Editorial Temis, Obras Jurídicas. Bogotá D.C.
10. Gil, E. (2010). Responsabilidad extracontractual del Estado. Casa Editorial Ibáñez. Bogotá.
11. Henao, J. “El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés”. Universidad Externado de Colombia.
12. [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolillo.pdf) Constitución del Ecuador.
13. <http://leyes-ar.com/index.htm>, Constitución Nacional de Argentina.
14. <http://ssrn.com/abstract=2248930> Gil Botero, Enrique, El Daño a La Salud En Colombia-Retos Frente a Su Delimitación, Valoración y

Resarcimiento (daños a la salud en Colombia - Retos hacia su definición, Valoración y Remedios) (11 de abril de 2013). Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 8, 2012. Disponible en SSRN.

15. <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/revistaderechoprivado>. Koteich M. "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento" en Revista de Derecho Privado, núm. 10, (2006), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
16. Koteich, M. 2012. La Reparación del Daño, como Mecanismo de Tutela de la Persona, Bogotá, Editorial. U. Externado de Colombia
17. Mosset, J. (1980). Estudios sobre responsabilidad por daños, Rubinzal y Culzoni S.C.C., Editores. Santa Fe Argentina.
18. Navia, F. (2000). Daño moral, Daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
19. Nieto, A. (2001) El arbitrio Judicial, Barcelona, Ariel.
20. Pinzón, C. (2013) Los daños y la cuantificación de los perjuicios dentro de la responsabilidad contractual del Estado, Medellín.
21. Ruiz, W. (2010) Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Bogota D.C., Ediciones ECOE.

22. Serrano, L. (2011). Imputación y Causalidad en Materia de Responsabilidad por Daños, Bogotá D.C, Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
23. Sentencia 11774. M.P: Alier E. Hernández Enríquez.
24. [www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-111108-05\\_%28consejo\\_de\\_estado\\_define\\_el\\_perjuicio\\_fisiologico\\_como\\_dano\\_a\\_la\\_salud%29/noti-111108-](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-111108-05_%28consejo_de_estado_define_el_perjuicio_fisiologico_como_dano_a_la_salud%29/noti-111108-)
25. [www.uva.es/hermeneus/hermeneus/11/arti03\\_11.pdf](http://www.uva.es/hermeneus/hermeneus/11/arti03_11.pdf), La Dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño Biológico Vs Daño existencial
26. [www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120906-06sobre\\_la\\_nueva\\_tasacion\\_del\\_dano\\_moral/noti-120906-06sobre\\_la\\_nueva\\_tasacion\\_del\\_dano\\_moral.asp?IDObjetoSE=13196](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120906-06sobre_la_nueva_tasacion_del_dano_moral/noti-120906-06sobre_la_nueva_tasacion_del_dano_moral.asp?IDObjetoSE=13196)

